amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La valenza del parere tardivo della soprintendenza ex art. 146 comma 8 del d.lgs. n. 42/2004.

dell'Avv. Prof. Adriano Tortora *

Sommario

1. Premessa 2. Brevi cenni sul procedimento ordinario e su quello semplificato di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. 3. Gli effetti del parere tardivo del Soprintendente nell'interpretazione giurisprudenziale 4. Considerazioni conclusive.

Abstract

Negli ultimi anni, nell'ambito delle autorizzazioni paesaggistiche, un tema molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza è stato quello della validità del parere vincolante e obbligatorio della Soprintendenza espresso oltre il termine procedimentale stabilito dall'art. 146 comma 8 del D. L.vo n. 42/2004.
La soluzione a tale problematica è di dirimente importanza per le conseguenze che ne derivano in termini di valutazione e comparazione tra gli interessi pubblici primari di tutela ambientale e del paesaggio e gli interessi dei soggetti privati che intendono realizzare un progetto edificatorio in zona vincolata.
Dopo un periodo di forte incertezza, caratterizzato da numerosi e frequenti contrasti, di recente si è attestata come prevalente la terza tesi illustrata, secondo cui il parere reso tardivamente dalla Soprintendenza è liberamente valutabile dall'Amministrazione procedente e perde, insieme con la propria efficacia vincolante, valenza di arresto procedimentale, assumendo connotazione strumentale rispetto al provvedimento comunale conclusivo del procedimento

*docente di diritto amministrativo presso l'Università Unilink

1. Premessa

Negli ultimi anni, nell'ambito delle autorizzazioni paesaggistiche, un tema molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza è stato quello della validità del parere vincolante e obbligatorio della Soprintendenza espresso oltre il termine procedimentale stabilito dall'art. 146 comma 8 del D. L.vo n. 42/2004.

La soluzione a tale problematica è di dirimente importanza per le conseguenze che ne derivano in termini di valutazione e comparazione tra gli interessi pubblici primari di tutela ambientale e del paesaggio e gli interessi dei soggetti privati che intendono realizzare un progetto edificatorio in zona vincolata.

Prima di prospettare possibili soluzioni alla tematica in questione, per comprendere in quale fase procedimentale si inserisce tale parere, occorre analizzare il quadro normativo generale in materia di autorizzazione paesaggistica, così come risultante a seguito delle numerose riforme apportate dal Legislatore all'art. 146 del D. L.vo n. 42/2004, nel corso del tempo.

2. Brevi cenni sul procedimento ordinario e su quello semplificato di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Come noto, la norma di riferimento per la procedura di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è l'art. 146 del D. L.vo n. 42/2004, il quale disciplina il c.d. procedimento ordinario di autorizzazione, relativo a interventi di trasformazione del territorio capaci di incidere sulle aree e sui valori di natura paesaggistica tutelati dalla legge.

Tale procedimento si pone in alternativa a quello c.d. semplificato previsto, per i soli interventi ed opere di lieve entità[1], dal D.p.r. 31 del 13 febbraio 2017[2].

Il primo modello, relativo al procedimento ordinario per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, prevede una complessa procedura autorizzatoria che prende l'avvio con un'istanza dei privati alle Amministrazioni competenti al rilascio del provvedimento finale, corredata da tutta la documentazione necessaria ai fini di una completa valutazione del progetto relativo agli interventi che si intende realizzare.

A seguito del ricevimento dell'istanza e delle diverse verifiche preliminari previste al comma 7 dell'art. 146, entro quaranta giorni, l'Amministrazione procedente entra in raccordo con l'articolazione territoriale della Soprintendenza competente a cui trasmette la documentazione presentata dall'interessato, accompagnata da una relazione tecnica illustrativa e da una proposta di provvedimento.

A seguito dei suddetti passaggi, sarà compito dell'organo statale esprimere un parere avente valore vincolante per il rilascio dell'autorizzazione entro il termine perentorio di quarantacinque giorni[3] – così come previsto dai commi 5 e 8

[1] Così come elencati nell'Allegato "B" al D.p.r. 31 del 13.02.2017.

[2] Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzato ria semplificata.

[3] A. ROCCELLA, "Codice del diritto urbanistico", VIII ed., Milano, 2016, p. 254, commi 7 e 8 dell'art. 146 del D. lgs. 22 gennaio n. 42

della norma suindicata – che andrà ad incidere sul contenuto del provvedimento finale.

Il secondo modello, c.d. semplificato, è invece disciplinato dal Capo II del D.p.r.31 del 13.02.2017.

La *ratio* della riforma del 2017 è stata quella di semplificare la complessa procedura ordinaria con particolare riferimento agli interventi di lieve entità, attraverso la riduzione della mole documentale[4], dei tempi[5] e soprattutto degli oneri burocratici a carico dei cittadini.

La principale innovazione della procedura semplificata è stata proprio quella relativa alle modalità e tempistiche di rilascio del parere della Soprintendenza. Pur mantenendo la sua natura vincolante, esso dovrà essere espresso, entro il termine di venti giorni, solo dopo che l'amministrazione competente, avendo compiuto i necessari accertamenti preliminari, accerti che l'intervento progettato sia conforme o meno alle prescrizioni della disciplina urbanistica[6].

Altra importante novità è quella introdotta dal comma 9 dell'art. 11 del D.p.r. 31/2017 secondo cui, in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nel suddetto termine di venti giorni, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della Legge 7 agosto 1990 n. 241.

Atteso l'illustrato ruolo nevralgico del parere vincolante del Soprintendente nella procedura di autorizzazione paesaggistica – e più in generale nel procedimento di rilascio dei titoli edilizi in zona vincolata – è evidente come rivesta ruolo centrale anche la problematica relativa alla tardiva espressione di tale parere rispetto ai termini indicati per la procedura ordinaria e per quella semplificata.

3. Gli effetti del parere tardivo del Soprintendente nell'interpretazione giurisprudenziale.

Se con riferimento alla procedura semplificata, considerata la formazione del provvedimento tacito di silenzio assenso, la tardiva emanazione del parere da parte della Soprintendenza evidentemente non risulta possibile se non con le forme e le regole dell'autotutela, altrettanto non si può dire in merito al procedimento ordinario.

La prima disposizione da esaminare in proposito è quella di cui al comma 9 dell'art. 146 del D.l.vo 42/2004, oggetto di recenti ed importanti modifiche, effettuate dal Legislatore sempre nell'ottica di snellimento del procedimento[6].

In particolare, con il D.L. 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164[7], si è provveduto ad eliminare dal comma 9 dell'art. 146 la previsione dell'ulteriore aggravio procedimentale costituito dalla possibile indizione della conferenza di servizi nelle ipotesi di silenzio del soprintendente[8].

---

[4] Art. 2: l'istanza è strutturata sulla base della relazione paesaggistica semplificata redatta secondo un modello predeterminato da un tecnico abilitato che ha il compito di osservare la conformità del progetto relativo all'intervento alla disciplina di tutela del paesaggio e alla vigente disciplina urbanistica;

[5] V. art. 11, comma 5, D.p.r. 31/2017.

[6] F. FERRARI, "Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia", cit., p. 1013.

[7] Cosiddetto "*Decreto Sblocca Italia*".

[8] Il comma 9 dell'art. 146 del D.L.vo 42/2004, prima della riforma del 2014, stabiliva che: "decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza dei servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni".

A seguito di tale riforma, dunque, il nuovo comma 9 dell'art. 146 prevede che:"*decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque alla domanda di autorizzazione*".

Da ciò deriva che, in caso di inerzia, non si convoca più la conferenza di servizi e il silenzio del soprintendente assume significato devolutivo, incardinando il potere decisorio sull'istanza di autorizzazione paesaggistica unicamente in capo all'amministrazione competente a concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

In tale quadro si inserisce, allora, la controversa questione del valore del parere della Soprintendenza reso dopo la scadenza del termine procedimentale di 45 giorni previsto dai commi 5 e 8 dell'art. 146.

Sussistendo un vuoto normativo sulla questione, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta a più riprese per colmarlo, alternando diversi orientamenti giurisprudenziali che possono racchiudersi sostanzialmente in tre differenti filoni ermeneutici.

In base ad una prima opzione, in siffatte ipotesi dovrebbe concludersi nel senso dell'intervenuta consumazione del potere per l'Organo statale di rendere un qualunque parere (di carattere vincolante o meno).

Un secondo orientamento ritiene che il potere in capo alla Soprintendenza continui a sussistere nonostante il superamento del suddetto termine, da considerarsi semplicemente come ordinatorio. Conseguentemente il parere tardivo resterebbe comunque disciplinato dai commi 5 e 8 dell'art. 146, ma l'interessato potrebbe proporre ricorso dinanzi al G.A. per contestare l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione statale[9]

In base a tale orientamento, la perentorietà del termine riguarderebbe non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal Giudice con le relative conseguenze sulle spese del giudizio derivato dall'inerzia del funzionario)[10].

Sulla scorta di un terzo filone interpretativo, fondato sul presupposto che il termine di 45 giorni sia da intendersi come perentorio, si sostiene che l'inutile decorrenza dello stesso, se, da un lato, non fa perdere alla Soprintendenza la possibilità di emettere il parere, dall'altro lato, fa venir meno la valenza vincolante del parere stesso. L'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale, dunque, non essendo più assoggettata ad alcun vincolo di conformazione al suddetto parere, potrà valutarlo autonomamente e dissentirne con congrua motivazione[11].

Dopo un periodo di forte incertezza, caratterizzato da numerosi e frequenti contrasti, di recente si è attestata come prevalente la terza tesi illustrata, secondo cui il parere reso tardivamente dalla Soprintendenza è liberamente valutabile dall'Amministrazione procedente e perde, insieme con la propria efficacia vincolante, valenza di arresto procedimentale, assumendo

[9] V. in tal senso: Cons. Stato, VI, 4 ottobre 2013, n. 4914; in termini simili: Cons. Stato, VI, 18 settembre 2013, n. 4656).
[10] V. in tal senso: Cons. Stato, VI, 4 ottobre 2013, n. 4914.
[11] F. CARINGELLA e U. DE LUCA, "Manuale dell'edilizia e dell'urbanistica", cit. p. 404.

connotazione strumentale rispetto al provvedimento comunale conclusivo del procedimento[12].

In particolare, nel dichiarare l'illegittimità per difetto di motivazione dei provvedimenti di diniego dell'autorizzazione paesaggistica emessi dai Comuni, limitatisi a una "*pedissequa presa d'atto del parere ministeriale*" sebbene quest'ultimo fosse stato emesso fuori dal termine massimo di legge, il Consiglio di Stato ha, a più riprese, confermato l'adesione alla suddetta opzione ermeneutica[13].

Nello specifico, il Supremo Organo di giustizia amministrativa ha rilevato che prevalenti ragioni di carattere sistematico depongano nel senso dell'adesione all'orientamento volto a riconoscere carattere perentorio al termine di quarantacinque giorni di cui al comma 5 dell'articolo 146.

Richiamando il pregresso orientamento che riconosceva carattere perentorio al termine riconosciuto alla Soprintendenza per procedere all'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica reso dall'amministrazione competente ai sensi dell'articolo 82 del d.P,R. 24 luglio 1977, n 616 (in seguito articolo 162 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490), ha quindi ritenuto che l'evoluzione normativa, la quale ha trasformato l'atto di controllo annullatorio in una forma di cogestione del vincolo, non ha inciso sulla perentorietà del termine entro il quale l'atto di esercizio del relativo potere può e deve essere adottato.

Con la suddetta innovazione normativa, infatti, emerge chiaramente la volontà del Legislatore di individuare un adeguato punto di equilibrio fra:

- (da un lato) l'esigenza di assicurare una tutela pregnante a un valore di rilievo costituzionale quale la tutela del paesaggio attraverso il riconoscimento all'Organo statale di poteri (quale quello di annullamento e in seguito quello di rendere un parere conforme) di assoluto rilievo nell'ambito della fattispecie autorizzatoria;

- (dall'altro) l'esigenza – parimenti di rilievo costituzionale – di garantire in massimo grado la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i richiamati poteri debbano essere esercitati in tutta la loro ampiezza entro un termine certamente congruo ma allo stesso tempo certo e non superabile.

Si è, pertanto, ritenuto che, "*scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza nell'ambito della procedura autorizzativa ex art. 146 è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante, statuendosi, peraltro, che la decorrenza del termine non ne impedisca comunque tout court l'espressione, affermando che "un siffatto parere possa comunque essere reso nei confronti dell'amministrazione procedente la quale dovrà quindi valutarlo in modo adeguato*"[14].

A sostegno di tale conclusione, il richiamato orientamento giurisprudenziale ha altresì fatto riferimento al comma 9 dell'art. 146 (sia nella nuova formulazione sia nella vecchia che prevedeva la convocazione di una conferenza di servizi) in virtù del quale, a seguito del decorso del più volte richiamato termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*, conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resta in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso

[12] Cons. di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 517; Cons. di Stato n. 2136 del 2015.

[13] Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3179 del 2016; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3561 del 2016.

[14] V. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3179 del 2016

perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Del resto, una lettura in senso sistematico del combinato disposto dei commi 8, 9 e 10 dell'art. 146 rende piuttosto evidente l'esistenza di un ordito normativo volto a configurare, in tema di rilascio dell'autorizzazione ai fini paesaggistici, una sorta di atteggiamento inverso per ciò che riguarda la possibilità per l'organo statale di incidere attraverso l'espressione del proprio parere sugli esiti della vicenda autorizzatoria.

Sulla base della suddetta interpretazione delle norme, si è ampliato l'orizzonte dell'analisi estendendo gli enucleati principi anche all'analoga fattispecie del parere soprintendentizio reso in materia di accertamento postumo della compatibilità paesaggistica.

Si è affermato come in tale fattispecie (art. 167 del d.lgs. n. 42/2004) la legge preveda ugualmente una forma di cogestione del vincolo, caratterizzata dal rilascio dell'autorizzazione (postuma) da parte dell'amministrazione procedente, previo parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro un termine perentorio.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto detto *supra*, non si può far a meno di constatare come l'approdo cui è pervenuto il Consiglio di Stato valorizzi correttamente l'intento del Legislatore di prevedere una procedura autorizzatoria che bilanci gli interessi in gioco, quali, da un lato, i beni paesaggistici di rilevante interesse pubblico e, dall'altro, gli interessi del privato di veder realizzato il progetto che ha presentato.

Nella procedura ex art. 146 D.L.vo 42/2004, infatti, sebbene la Soprintendenza rappresenti un organo statale di preminente importanza, a cui sono riconosciuti poteri particolarmente rilevanti e incidenti, non si può consentire che vengano inficiati gli interessi, altrettanto rilevanti, dei cittadini.

In virtù, dunque, dei principi cardine dell'attività amministrativa regolati dall'art. 97 Cost. e di quelli espressi dall'art. 2 della L. 241/90 in tema di contingentamento delle tempistiche di durata dei procedimenti amministrativi, risulta corretta l'illustrata posizione pretoria per cui, in caso di inerzia o ritardi da parte della Soprintendenza nell'esercitare i poteri di cui è titolare, quest'ultima devolga in parte il proprio potere valutativo all'Amministrazione procedente che avrà comunque l'onere di concludere il procedimento nel termine massimo di cui al comma 9 del citato art. 146.

Attesa l'importanza e la rilevanza delle questioni controverse, si auspica comunque un intervento del Legislatore che, in accoglimento delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, stabilisca in maniera chiara la perdita del carattere vincolante del parere espresso dalla Soprintendenza successivamente alla decorrenza del termine massimo previsto dalla Legge per la sua emissione.